Die Anwendung der §§ 40, 41 Reichsgrundbuchordnung auf Verfügungen über die ererbte Briefhypothek.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. M.

vorgelegt von

Siegfried Goldstrom

Gerichtsassessor.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Referent: Herr Professor Dr. **Matthiaß.**

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Achilles, Preußische Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht.

Achilles-Strecker, Grundbuchordnung. Berlin 1901.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl.

Böhm, Grundbuchordnung.

Brachvogel, Nachweis des Gläubigerrechts einer Hypothek bei mehrfacher, einen Erbfall in sich schließender Übertragung. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 49 S. 305 ff.

Brachvogel-Frydrychowicz, Handbuch des Grundbuchrechts.

Conrades, Gilt § 40 Abs. 2 auch für die Fälle des § 41 GBO.? Im Recht 1903 S. 100.

Denkschrift zur Grundbuchordnung bei Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Berlin 1897.

Deutsche Juristenzeitung. 1905.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 53.

Erster Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1: Materielles Grundbuchrecht. Bd. 2 (in Verbindung mit Arnheim): Formelles Grundbuchrecht.

Güthe, Grundbuchordnung. Berlin 1905.

Johow, Jahrbuch für endgültige Entscheidungen des preußischen Appellationsgerichts. Bd. 6.

Johow, Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts.

Justizministerialblatt. 1903.

Kober, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Staudinger. Bd. 3.

Koellner, Die Rechtsprechung in grundbuchlichen Fragen unter neuem Recht. 1. u. 2. Jahrg.

Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.

Lobes Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat. Bd. 1, 2, 4, 5.

Meyer, Zu §§ 894, 1155 BGB. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70 S. 163 ff.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe.

Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Neumann, Handbuch des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht.

Predari, Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Amtliche Ausgabe.

Sammlung des Reichsjustizamts von Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Bd. 1, 3, 4, 5.

Schönfeld, Das Verhältnis von § 40 zu § 41 GBO. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70 S. 535.

Schweitzer, Begründung und Nachweis des Gläubigerrechts nach § 1155 BGB. und § 40 Abs. 2 GBO. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 45 S. 558 ff.

Turnau, Preußische Grundbuchordnung. Paderborn 1892.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 3. Aufl. Paderborn 1906.

Wolff, Wird der Zusammenhang der Reihe der Abtretungserklärungen im Sinne des § 1155 BGB. und § 40 Abs. 2 GBO. durch einen Erbfall unterbrochen? Im Recht 1903 S. 7 ff.

Zeitschrift des Deutschen Notariatvereins. Bd. 1 u. 3. 1903 u. 1906.

I. Einleitung.

§ 1.

§ 40 Abs. 1 GBO. bestimmt:

„Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist“.

Die Frage, ob derjenige, welcher den zur Rechtsänderung erforderlichen dinglichen Vertrag geschlossen hat, auch der materiell Berechtigte war, kommt hierbei nicht in Betracht. Denn nach materiellem Recht ist die Eintragung des Berechtigten kein Erfordernis der Rechtsänderung. Wie § 873 BGB. ergibt, ist nach materiellem Recht zur Rechtsänderung vielmehr die Einigung „des Berechtigten“ und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderuug und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich und genügend. Mit dieser Bestimmung korrespondiert die Vorschrift des § 19 GBO., wonach eine Eintragung nur erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird.

Die Bestimmung des § 40 Abs. 1 GBO. ist im Gegensatz dazu lediglich eine formellrechtliche Vorschrift; sie stellt ein Eintragungserfordernis auf, das nach der Denkschrift zum Entwurf der Grundbuchordnung (S. 163)

einem zweifachen Zwecke dient: Einerseits soll nämlich dem Grundbuchamte die Legitimationsprüfung erleichtert werden, andererseits soll der Eingetragene dagegen gesichert werden, daß ein Nichteingetragener unbefugterweise über sein Recht verfügt.

Derjenige, dessen Recht durch die bewilligte Eintragung betroffen wird, soll also zur Zeit der Eintragung der Rechtsänderung als Berechtigter im Grundbuch eingetragen sein. Nun würde eine strikte Durchführung der Formalvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO. in vielen Fällen zu unnötigen und überflüssigen Eintragungen führen, die insbesondere dann entbehrlich sind, wenn diese Eintragungen wegen einer weiteren Verfügung über das Grundstücksrecht sogleich wieder gelöscht werden müssen. Diesem Gedanken ist daher auch der Gesetzgeber entgegengekommen, indem er in einigen Fällen von der Beobachtung der Vorschrift des § 40 Abs. 1 absieht.

Die wichtigste Ausnahme von der Bestimmung des § 40 Abs. 1 findet sich in § 41 Abs. 1 GBO.:

„Ist derjenige, dessen Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten, so findet die Vorschrift des § 40 Abs. 1 keine Anwendung, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechtes eingetragen werden soll . . .“

Damit ist für eine große Reihe von grundbuchlichen Verfügungen von der strikten Durchführung des Formalprinzips im Interesse einer glatten Versilberung der

Nachlaßmasse Abstand genommen worden. Der Grund der Vorschrift ist nach der Denkschrift (S. 50) der, dem Erben zwecklose Kosten zu ersparen.

Nach dem Wortlaut der Bestimmung des § 41 Abs. 1 GBO. würde diese Erleichterung aber lediglich dem „Erben" des eingetragenen Berechtigten zustatten kommen, d. h. dem unmittelbaren Alleinerben. In vielen Fällen, die dem Grundbuchrichter häufig begegnen, ist der Berechtigte, dessen Recht durch eine Eintragung betroffen wird, nun zwar nicht „Erbe" des eingetragenen Berechtigten im strengsten Sinne des Wortes. Und doch würde seine vorherige Eintragung in jeder Beziehung überflüssig sein und zu einer unerträglichen Erschwerung des Grundbuchverkehrs führen. In dieser Beziehung kommen insbesondere der Erbeserbe, der Miterbe und der Erbe des Zessionars einer Briefhypothek in Betracht. Es ist zu untersuchen, ob auch diese Personen unter den Begriff „der Erbe" fallen.

Demgemäß sollen also im Rahmen der vorliegenden Arbeit folgende Fälle erörtert werden:

1. Der Berechtigte ist Erbe des Erben des eingetragenen Gläubigers einer Briefhypothek.

2. Der Berechtigte ist einer von mehreren Miterben des eingetragenen Berechtigten und hat die Briefhypothek bei der Erbauseinandersetzung zugeteilt erhalten.

3. Der Berechtigte ist Erbe des *nicht* eingetragenen Hypothekengläubigers.

Es wird zu erörtern sein, ob in den vorgenannten Fällen der „Berechtigte“ der Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO. unterworfen ist oder ob nicht auch ihm die Erleichterung des § 41 Abs. 1 zustatten kommen soll.

II. Der Berechtigte ist Erbe des Erben des eingetragenen Gläubigers einer Briefhypothek.

§ 2.

Es fragt sich, ob die Abtretung der Briefhypothek seitens des jetzigen Berechtigten auf einen anderen oder die Löschung in das Grundbuch eingetragen werden kann, obwohl er selbst, dessen Recht durch diese Eintragung betroffen wird, nicht eingetragen ist. Mit anderen Worten: Findet die Bestimmung des § 41 Abs. 1 GBO. auch auf den Erbeserben Anwendung?

Nach dem Wortlaut des § 41 Abs. 1 ist zwar nur der „Erbe“ von der zuvorigen Eintragung befreit. Als Erbe im Sinne des § 41 Abs. 1 wird aber nicht bloß der unmittelbare Erbe zu verstehen sein, die Vorschrift wird vielmehr auch auf den Erbeserben Anwendung finden können.

Erbe, d. h. unmittelbarer Erbe, ist nach § 1922 BGB. zwar nur derjenige, auf den mit dem Tode einer Person deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes übergeht. Vermöge seines Eintritts in die Rechtsverhältnisse des Erb-

lassers erhält der Erbe auch das durch die Eintragung des Erblassers begründete Verfügungsrecht (Mot. Bd. 3 S. 317). Nun erlangt aber auch der Erbe dieses Erben wieder mit der Erbschaft nach seinem Erblasser die in dieser enthaltene Erbschaft nach dem ersten Erblasser. Auf diese Weise ist der Erbeserbe auch dessen Erbe, also „Erbe des eingetragenen Berechtigten“ geworden. Als Erbe im Sinne des § 41 Abs. 1 GBO. kann demnach auch der Erbeserbe angesehen werden. Der Wortlaut der Bestimmung spricht nicht gegen die Ausdehnung auf den Erbeserben.[1])

Auch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung steht dieser Ausdehnung nicht entgegen, sie rechtfertigt vielmehr ihre Anwendung auf den Erbeserben.

Bereits das frühere preußische Recht hat den Erben eine Erleichterung wie die des § 41 Abs. 1 BGO. gewährt. § 5 Abs. 2 des Gesetzes über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten v. 5. 5. 1872 bestimmt:

„Miterben können ein ererbtes Grundstück auflassen, auch wenn sie nicht als Eigentümer desselben eingetragen sind“.

Unter Miterben wären bei strengster Auslegung auch lediglich die unmittelbaren Erben zu verstehen gewesen; und doch wurde diese Bestimmung auch auf die

---

[1]) vgl. RG. Bd. 53 S. 302; KG. Jahrb. Bd. 26 S. A 96.

Erben der Miterben angewandt. Vgl. die Entscheidung des Appellationsgerichts Naumburg v. 10. 5. 1876.[1])

Eine dem § 5 Abs. 2 EEG. entsprechende Bestimmung fand sich dann zunächst in § 869 des Entw. zum BGB. und hatte dort folgenden Wortlaut:

„Ist der eingetragene Eigentümer verstorben, so ist zur Auflassung die vorgängige Eintragung seines Erben als Eigentümers nicht erforderlich".

In den Motiven zu § 869, der die Befreiung vom Eintragungszwange auf den Einzelerben ausdehnt, wird die Vorschrift des § 5 Abs. 2 EEG. eingehend erörtert (Mot. Bd. 3 S. 317). Dem Gesetzgeber wird also bekannt gewesen sein, daß die preußische Praxis die Bestimmung des § 5 Abs. 2 EEG. auch auf den Erbeserben angewandt hat. Wie das Kammergericht in seinem Beschlusse v. 23. 3. 1903 (Jahrb. Bd. 26 S. A 96) hervorhebt, würde es daher besonders zum Ausdruck gebracht worden sein, wenn mit dem „Erben" in § 41 Abs. 1 nur der unmittelbare Erbe hätte bezeichnet werden sollen.[2])

Wenn in § 809 des 1. Entw. die Worte „seines Erben" gebraucht sind, so ergibt sich hieraus noch nicht, daß, wie das Kammergericht annahm,[3]) damit nur der

---

[1]) Johow, Jahrb. für endgültige Entsch. der preuß. Appellationsgerichte Bd. 6 S. 126; ebenso Turnau, Preuß. GBO. Anm. 7 zu § 48 Bd. 1 S. 197; Achilles, Preuß. Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht Anm. 1 zu § 5 EEG. S. 94.

[2]) vgl. RG. Bd. 53 S. 306.

[3]) So Beschluß v. 26. 7. 1901, Rechtspr. Bd. 3 S. 177.

unmittelbare Erbe gemeint sein kann. Das Wort „seines“ ist in dem gewählten Satzbau zur Zurückbeziehung auf den Eigentümer notwendig. Es zwingt zu einer Einschränkung der Bestimmung auf den unmittelbaren Erben aber ebensowenig, wie nach dem Gesagten die Fassung des § 41 Abs. 1 GBO. („Erbe des eingetragenen Berechtigten“).[1])

§ 869 des 1. Entw. z. BGB. ist dann von der Reichstagskommission im Bürgerlichen Gesetzbuch gestrichen und in die Grundbuchordnung verwiesen worden (Prot. Bd. 3 S. 181).

§ 3.

Sprechen danach weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des § 41 gegen die ausdehnende Ansicht, so ergeben ganz besonders die Gründe, die der in Rede stehenden Bestimmung beigegeben sind, daß unter „Erbe“ im Sinne des § 41 Abs. 1 auch der Erbeserbe zu verstehen ist.

Die Aufnahme des § 869 des 1. Entw. z. BGB. wurde damit begründet (Mot. Bd. 3 S. 317), daß der Erbe, wenn er ein ererbtes Grundstück nicht behalten, sondern veräußern wolle, kein Interesse an der Eintragung als Eigentümer habe, und daß durch das Unterbleiben der Eintragung die Kostenlast des Erben verringert und, insbesondere bei dem Vorhandensein vieler Miterben, Raum im Grundbuch erspart werde.

---

1) vgl. Güthe Bd. 1 S. 782; RG. Bd. 53 S. 302.

In ähnlicher Weise begründete die Denkschrift zu § 39 des Entwurfs zur GBO. (S. 164) die Vorschrift des jetzigen § 41 damit, daß die vorgängige Eintragung des Erben weder zur Vereinfachung der Buchführung noch durch die Interessen Dritter geboten sei, wenn die Übertragung oder die Aufhebung eines für den Erblasser eingetragenen Rechtes eingetragen werden solle, daß die Eintragung vielmehr den Erben nur mit zwecklosen Kosten belaste und unter Umständen großen Raum im Grundbuche beanspruche.

Alle diese Gründe treffen für den Erbeserben ebenso zu wie für den unmittelbaren Erben. Wie bei diesem, so würde es auch bei dem Erbeserben zwecklos sein, ihn vor der Eintraguug der weiteren Übertragung oder der Löschung noch in das Grundbuch einzutragen. Er würde doch in jedem Falle sogleich wieder gelöscht werden. Der Erbeserbe selbst, der mit der Übertragung oder Aufhebung des Rechtes dieses aufgibt, hat an seiner Eintragung ebensowenig ein Interesse wie der Eigentümer des belasteten Grundstücks. Dessen Rechtsstellung wird durch die Eintragung der Übertragung nicht berührt, im Falle der Aufhebung der Belastung aber durch die Löschung gesichert. Zur Sicherung des neuen Erwerbers des Rechtes endlich ist dessen eigene Eintragung erforderlich und genügend.[1])

---

[1]) vgl. RG. Bd. 53 S. 303, 304; KG.-Jahrb. Bd. 26 S. A 96; Güthe Bd. 1 S. 784, 761.

Andererseits würde die Eintragung auch den Erbeserben, wie die Motive dies für den Erben hervorheben, nur mit zwecklosen Kosten belasten. Das Grundbuch würde ferner durch die überflüssige Eintragung der Erbeserben, zumal da mit jedem neuen Erbfall eine größere Anzahl in Frage käme, sehr unübersichtlich werden.

Die danach für zulässig zu erachtende Ausdehnung des § 41 auf den Erbeserben verstößt auch nicht gegen den Zweck der allgemeinen Vorschrift des § 40 Abs. 1, von welchem § 41 eine Ausnahme darstellt.

Nach der Denkschrift zur Grundbuchordnung bezweckt die Bestimmung des § 40 Abs. 1 die Erleichterung der Legitimationsprüfung für den Grundbuchrichter und eine Sicherung des eingetragenen Berechtigten gegen Verfügungen Nichtberechtigter. Dieser Zweck würde aber auch durch die vorherige Eintragung des Erbeserben vor Eintragung der Übertragung oder Aufhebung seines ererbten Rechtes nicht erreicht werden. Denn ob der Erbeserbe nun vorher eingetragen wird, oder ob sogleich die Übertragung oder Aufhebung seines Rechtes eingetragen wird: in jedem der beiden Fälle muß der Grundbuchrichter die Legitimation des Erbeserben in gleicher Weise prüfen. Die vorherige Eintragung würde ihm also keine Erleichterung schaffen. Der Erbeserbe ist aber auch ohne seine Eintragung gegen Verfügungen Nichtberechtigter geschützt, da im Grundbuch als Berechtigter ein Verstorbener eingetragen ist, von dem Verfügungen nicht mehr ausgehen können.

Wollte man aber entgegen dem hier eingenommenen Standpunkt die Eintragung des Erbeserben vor der Eintragung der Übertragung verlangen, so würde sich diese bei mehrfacher Erbfolge nicht einmal ermöglichen lassen. Stirbt nämlich der Erbeserbe, ohne über das noch auf den Namen des Erblassers eingetragene Recht verfügt zu haben, und will dann der Erbe des Erbeserben das Recht übertragen oder aufheben, so müßte bei einschränkender Anwendung des § 41 Abs. 1 nicht nur der Verfügende, sondern auch der bereits verstorbene Erbeserbe eingetragen werden. Damit würde aber etwas Unrichtiges in das Grundbuch eingetragen werden. Denn mit dem Tode verliert der Mensch die Fähigkeit, Träger eines Rechtes zu sein, und könnte daher als solcher im Grundbuch nicht mehr vermerkt werden. Durch die Abtretung des Rechtes kann aus dem gleichen Grunde auch nicht mehr ein Recht des verstorbenen Erbeserben betroffen werden, sondern seine Erben sind diejenigen, deren Recht durch die Eintragung der Verfügung betroffen wird.[1])

§ 4.

Danach wird § 41 Abs. 1 GBO. auch auf den Erbeserben anzuwenden sein. Diese Auffassung wird heute in der Rechtsprechung und Literatur allgemein geteilt, nachdem das Reichsgericht sich für sie ausgesprochen hatte.[2])

---

[1]) vgl. KG.-Jahrb. Bd. 25 S. A 114, Bd. 26 S. A 155; Güthe Bd. 1 S. 784.

[2]) Beschl. d. RG. v. 7. 1. 1903, Entsch. d. RG. Bd. 53 S. 298 ff.

Vorher hatte das Kammergericht die Anwendung des § 41 Abs. 1 auf den Erbeserben abgelehnt und seine einschränkende Ansicht besonders aus dem Zwecke der Bestimmung des § 41 Abs. 1 begründet.[1])

Dies trifft aber nicht zu. Nach der Ansicht des Kammergerichts sollte nämlich § 41 Abs. 1 auf den Erbeserben deswegen keine Anwendung finden dürfen, weil sonst jeder Antrieb zur Berichtigung des Grundbuchs fehlen würde und dann aus dem Grundbuch der wirklich Berechtigte nicht stets festgestellt werden könnte.[2]) Die stetige Richtigstellung des Grundbuchs wird aber auch durch die vorherige Eintragung des Erbeserben vor Eintragung der weiteren Übertragung oder Löschung nicht erreicht; denn selbst nach der allgemeinen Vorschrift des § 40 Abs. 1, dessen Ausnahme § 41 darstellt, kann der wirklich Berechtigte nicht jederzeit aus dem Grundbuch festgestellt

---

= Zentralbl. f. freiw. Ger. 1903 S. 710 = DNotVZ. Bd. 3 S. 191 ff.; Beschl. d. KG. v. 23. 3. 1903, Jahrb. Bd. 26 S. A 96; Beschl. d. KG. v. 30. 3. 1904, Jahrb. Bd. 28 S. A 285 = JMBl. 1903 S. 116 = RJA. Bd. 4 S. 263; Beschl. d. LG. Düsseldorf v. 27. 9. 1901, Zentralblatt Bd. 2 S. 742. Ebenso außer Güthe Fuchs Bd. 2 S. 443; Oberneck Bd. 1 S. 180 (anders noch DNotVZ. 1903 S. 161); Predari S. 579; Turnau-Förster Bd. 2 S. 322; Brachvogel-Frydrychowicz Anm. 2 zu § 41 S. 240; Achilles-Strecker Anm. 5b zu § 40 S. 271.

[1]) Beschl. d. KG. v. 23. 12. 1901, Rechtspr. Bd. 5 S. 191; Beschl. v. 21. 1. 1901, Rechtspr. Bd. 2 S. 275 = Jahrb. Bd. 21 S. A 283; Beschl. v. 26. 7. 1901, Rechtspr. Bd. 3 S. 177.

[2]) vgl. besonders Beschl. v. 26. 7. 1901, Rechtspr. Bd. 3 S. 177.

werden. Der § 40 Abs. 1 verlangt vielmehr nur, daß der Berechtigte zur Zeit der sein Recht betreffenden Eintragung eingetragen ist.[1]) Verfügt der Berechtigte viele Jahre hindurch nicht über sein Recht und ist er im Grundbuche als Berechtigter nicht eingetragen — z. B. wenn ihm eine Briefhypothek durch Abtretungserklärung und Übergabe des Hypothekenbriefes übertragen ist (§§ 1154, 1153 BGB.), oder wenn er das Eigentum im Enteignungsverfahren erworben hat (§ 44 des preuß. Ges. über die Enteignung von Grundeigentum v. 11. 6. 1874) —, so steht im Grundbuch immer noch derjenige eingetragen, dem das Recht nicht mehr zusteht: der wirklich Berechtigte läßt sich aus dem Grundbuche nicht feststellen. Wenn dies nun sogar bei der allgemeinen Vorschrift des § 40 Abs. 1 nicht möglich ist, so muß eine weitere Auslegung der Ausnahmebestimmung des § 41 Abs. 1 erst recht gestattet sein. Auch hier wird die stetige Richtigstellung des Grundbuchs nicht erreicht, wenn der Erbeserbe erst zur Zeit seiner Verfügung über das Recht eingetragen wird; bis dahin bleibt das Grundbuch unrichtig. Es liegt also kein Anlaß vor, bei der Ausnahmebestimmung des § 41 Abs. 1 die vorherige Eintragung des Erbeserben wegen der Richtigstellung des Grundbuchs zu verlangen. Hierzu kommt noch, daß in vielen Fällen das durch die Ein=

---

[1]) vgl. Fuchs Anm. 17 zu § 40 II S. 436; Oberneck Bd. 1 S. 179; Güthe Bd. 1 S. 772; Predari S. 570; Turnau=Förster Anm. I, 5 zu § 40 II S. 318.

tragung des Erbeserben angeblich berichtigte Grundbuch im gleichen Augenblick den wahren Rechtsverhältnissen nicht mehr entspricht. Denn nach materiellem Recht kann bereits ein Dritter der Berechtigte im Sinne des § 40 Abs. 1 geworden sein, so z. B. in dem erwähnten Falle der Übertragung einer Briefhypothek. (Die Bestimmung des § 40 Abs. 2 BGB., nach der sich die Eintragung bei der Briefhypothek unter gewissen Voraussetzungen erübrigt, kommt hierbei nicht in Betracht.) Der Erbeserbe würde dann also eingetragen werden, ohne noch der Berechtigte zu sein; die Richtigstellung des Grundbuches wird nur durch die Eintragung des Zessionars erreicht. Wird jedoch die Übertragung des Rechtes wie z. B. bei der Buchhypothek erst durch die Eintragung herbeigeführt (§ 873 BGB.), so wird das Grundbuch durch die vorherige Eintragung des Erbeserben auch nur für wenige Augenblicke berichtigt. Denn sogleich folgt die Eintragung des Erwerbers. Das gleiche gilt bei der Eintragung des Erbeserben für den Fall der Löschung.[2])

Des weiteren lehnte das Kammergericht die Anwendung des § 41 auf den Erbeserben deswegen ab,[2]) weil die Vorschrift des § 41 Abs. 1 eine Erleichterung der Erbauseinandersetzung für die unmittelbaren Erben bezwecke, dieser Zweck aber fortfalle, wenn die Auseinandersetzung erst nach dem Eintritt eines weiteren Erbfalles

[1]) vgl. **Güthe** Bd. 1 S. 783.

[2]) Jahrb. Bd. 3 S. 177.

vorgenommen würde. Auch dies erscheint nicht zutreffend. Zunächst gilt die Bestimmung des § 41 Abs. 1 GBO., wie das Reichsgericht (Bd. 53 S. 305) hervorhebt, auch für den Einzelerben, eine Nachlaßregulierung findet dann also überhaupt nicht statt. § 41 ist somit dem angegebenen Zwecke gar nicht zu dienen bestimmt. Wäre dies aber auch der Fall, so liegt, wenn mehrere Erbeserben vorhanden sind, kein Grund vor, weshalb die nach dem Kammergericht im Interesse der Erbauseinandersetzung gegebene Erleichterung des § 41 Abs. 1 nicht auch den Erbeserben zustatten kommen sollte. Hierzu kommt noch, daß bei doppelter Beerbung häufig eine um so größere Anzahl von Miterben vorhanden und die Auseinandersetzung dementsprechend schwieriger sein wird. Sodann muß auch der von Güthe (Bd. 1 S. 782) angeführte Fall in Betracht gezogen werden, daß nämlich dem behaupteten Zwecke des § 41 Abs. 1 gemäß die Erbauseinandersetzung von den Miterben bereits betrieben wird und einer der Miterben stirbt und seine Erben an seine Stelle treten. Wollen die Erbeserben dann gemeinsam mit den unmittelbaren Erben die Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes eintragen lassen, so würde die einschränkende Anwendung des § 41 Abs. 1 die Auseinandersetzung nur erschweren, da die Erbeserben vorerst selbst eingetragen werden müßten.

Es lassen sich auch Fälle denken, in welchen die Auseinandersetzung unter den unmittelbaren Erben erst lange Zeit nach dem Erbfall vorgenommen werden kann,

während andererseits der Eintritt eines Erbeserben bereits kurze Zeit nach dem Erbfall erfolgen kann.[1])

Die frühere Beweisführung des Kammergerichts kann somit das vorhin festgestellte Ergebnis nicht erschüttern. Danach ist bei der Übertragung oder Aufhebung eines Rechtes also nicht bloß der Erbe, sondern auch der Erbeserbe von seiner vorherigen Eintragung befreit.

Die Bestimmung des § 41 Abs. 1 GBO. findet also auch auf den Erbeserben Anwendung.

III. Der Berechtigte ist einer von mehreren Miterben des eingetragenen Berechtigten und hat die Briefhypothek bei der Erbauseinandersetzung zugeteilt erhalten.

§ 5.

Kann eine weitere Verfügung dieses Miterben sogleich in das Grundbuch eingetragen werden, ohne daß es seiner vorherigen Eintragung bedarf?

Die Befreiung dieses Miterben von seiner vorherigen Eintragung wird gleichfalls anzunehmen sein. Sie folgt indes nicht aus der für den Erben gegebenen Bestimmung des § 41 Abs. 1 GBO., wonach die Vorschrift des § 40 Abs. 1 keine Anwendung findet, wenn derjenige, dessen Recht durch eine Eintragung getroffen wird, Erbe des

---

[1]) vgl. Güthe Bd. 1 S. 783.

eingetragenen Berechtigten ist, und wenn die Übertragung oder Aufhebung des Rechtes eingetragen werden soll. Dem letzteren Erfordernis ist hier genügt: es handelt sich um die Übertragung einer Hypothek. Derjenige, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird, ist auch zwar Erbe des eingetragenen Berechtigten, aber nicht Alleinerbe, sondern Miterbe mit anderen. Der Miterbe aber kann vor der Erbteilung zwar über seinen Anteil an dem Nachlasse verfügen, nicht aber über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen (§ 2033 BGB.). Nach § 2040 Abs. 1 BGB. steht das Verfügungsrecht über die einzelnen Nachlaßgegenstände nur sämtlichen Erben gemeinschaftlich zu. Dementsprechend kann die Bestimmung des § 41 Abs. 1 GBO. nur dann gelten, wenn die Gesamtheit der Miterben über ein zum Nachlaß gehöriges Grundstücksrecht verfügt. Wird aber einem der Miterben bei der Auseinandersetzung ein Nachlaßgegenstand, so z. B. ein Recht an einem Grundstücke, zugeteilt, so erwirbt er das Recht nicht als Erbe durch den Erbfall, sondern erst durch ein besonderes Rechtsgeschäft mit den anderen Miterben. Verfügt er dann über das erworbene Recht, so tut er dies nicht mehr in seiner Eigenschaft als Erbe, sondern lediglich als ein solcher, dem das Recht erst durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, die Erbteilung, übertragen worden ist.[1])

---

[1]) vgl. Beschl. d. KG. v. 15. 4. 1901, Rechtspr. Bd. 3 S. 308; Urteil d. OLG. Königsberg v. 19. 10. 1904, Rechtspr. Bd. 9 S. 389; Turnau-Förster Bd. 2 S. 322.

Demnach gilt § 41 Abs. 1 GBO. nicht für den einzelnen Miterben, es würde bei der allgemeinen Vorschrift des § 40 Abs. 1 bleiben müssen.

§ 6.

Die Eintragung des einzelnen Miterben, dem die Briefhypothek zugeteilt worden ist, erübrigt sich aber auf Grund der Vorschrift des § 40 Abs. 2 GBO. Nach § 40 Abs. 2 steht es bei einer Hypothek, über die ein Brief erteilt ist, der Eintragung des Gläubigers gleich, wenn dieser sich im Besitze des Briefes befindet und sein Gläubigerrecht nach § 1155 BGB. nachweist.

§ 1155 BGB. bestimmt:

„Ergibt sich das Gläubigerrecht des Besitzers des Hypothekenbriefes aus einer zusammenhängenden, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführenden Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, so finden die Vorschriften der §§ 891—899 in gleicher Weise Anwendung, wie wenn der Besitzer des Briefes als Gläubiger im Grundbuch eingetragen wäre. Einer öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung steht gleich ein gerichtlicher Überweisungsbeschluß und das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung“.

Danach ist die Eintragung des Zedenten vor der Eintragung der Übertragung der Hypothek an den Zessionar dann nicht erforderlich, wenn sich der Zedent

im Besitze des Hypothekenbriefes befindet und durch die in § 1155 vorgeschriebene Reihe den Zusammenhang der Übergänge bis auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen kann.

Der einzelne Miterbe, der über die ihm zugeteilte Hypothek verfügen will, hat diese von der Gesamtheit der Miterben erworben. Wird dies dem Grundbuchamte durch eine Ausfertigung der notariellen Verhandlung über die Erbauseinandersetzung nachgewiesen, so wird darin die nach § 1155 BGB. erforderliche Abtretungserklärung enthalten sein; sie ist dann auch als notarielle Erklärung zum Nachweise der Abtretung geeignet.[1])

Die Gesamtheit der Miterben dagegen, welche die Hypothek an den einen von ihnen abgetreten hat, hat die Hypothek durch Erbgang erlangt. Es fragt sich, ob auch der durch Erbgang bewirkte Übergang des Hypothekenrechts auf die durch den Erbschein legitimierten Miterben geeignet ist, das Recht des letzten Gläubigers bis auf den eingetragenen Gläubiger zurückzuführen. Dies wird für zulässig zu erachten sein.

§ 7.

Der Erbschein fällt zwar nicht unter die in § 1155 BGB. bezeichneten Nachweisungen. Er ist weder eine Abtretungserklärung noch ein Überweisungsbeschluß. Er ist auch nicht als ein Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung zu erachten. Dies

---

[1]) vgl. Güthe Anm. 3 zu § 41, 1 S. 781.

ergeben die Entstehungsgeschichte und der Wortlaut der Bestimmung.

Der dem jetzigen § 1155 entsprechende § 1114 des 1. Entw. z. BGB. gewährte die Stellung eines eingetragenen Gläubigers nur demjenigen Inhaber des Hypothekenbriefes, „dessen Recht als Gläubiger der Forderung durch eine zusammenhängende Reihe von Abtretungserklärungen oder von Überweisungsbeschlüssen begründet wird“. Die Motive führen hierzu folgendes aus (Bd. 3 S. 752):

„Vorausgesetzt wird, daß die Abtretungserklärungen und die Überweisungsbeschlüsse oder, soweit ein gesetzlicher Übergang vorgekommen ist, die diesen beweisenden Urkunden ... auf den eingetragenen Gläubiger zurückführen“.

Die 2. Kommission stellte dann den Abtretungserklärungen und Überweisungsbeschlüssen das notariell beglaubigte Anerkenntnis einer kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung gleich (Prot. Bd. 3 S. 656). Unter dem „Anerkenntnis“ kann danach nicht die Urkunde als solche verstanden werden, also nicht ein Beweismittel der Tatsachen, aus welchen sich der Übergang kraft Gesetzes ergibt. Vielmehr ist ein solches Anerkenntnis nur die rechtsgeschäftliche Erklärung des bisherigen Gläubigers, daß die Forderung kraft Gesetzes auf den anderen übergegangen ist.[1])

---

[1]) vgl. Beschl. d. KG. v. März 1905, Rechtspr. Bd. 10 S. 94; Beschl. v. 16. 6. 1902, Rechtspr. Bd. 5 S. 389 = Jahrb. Bd. 25 S. A 159

Wie Fuchs (Anm. 3c zu § 1155 Bd. 1 S. 495) hervorhebt, beruht „die für das Sachenrecht bemerkenswerte Eigenart dieser Anerkenntniserklärung darin, daß hier die bloß subjektive, ein Urteil enthaltende Erklärung des Berechtigten als Ersatz für den Nachweis eines objektiven kraft Gesetzes wirkenden Tatbestandes gilt". Das Anerkenntnis bedarf daher nach § 29 Satz 1 GBO., § 1155 BGB. auch nur der öffentlichen Beglaubigung. Dagegen bedürfen nach § 29 Satz 2 GBO. „andere Voraussetzungen" (als Erklärungen), also kraft Gesetzes wirkende Tatbestände, wie z. B. Tod, des Nachweises durch öffentliche Urkunden.

Demnach fällt der Erbschein auch nicht unter das Anerkenntnis des kraft Gesetzes erfolgten Überganges der Forderung.[1])

So auch Schweitzer (bei Gruchot Bd. 45 S. 558 ff.), der den Erbschein aber dennoch im Rahmen des § 1155 BGB. als Beweismittel zuläßt (hierüber s. S. 26 der Arbeit).[2])

= RJA. Bd. 3 S. 146; Rechtsp. Bd. 7 S. 372 = Jahrb. Bd. 27 S. A 125. Ebenso Güthe Bd. 1 S. 775; Planck Anm. III zu § 1155 Bd. 3 S. 618; Kober Anm. V b zu § 1155; Staudinger Bd. 3 S. 691.

[1]) Ebenso das KG. und die eben bezeichneten Schriftsteller; vgl. noch Wolff im Recht 1903 S. 7 ff.; Biermann Anm. 1 zu § 1155 S. 359; Kretzschmar Anm. II c zu § 1155 S. 524.

[2]) Ebenso Brachvogel bei Gruchot Bd. 49 S. 305 ff.; Predari S. 239.

§ 8.

Wenn somit der Erbschein auch nicht zu den nach § 1155 BGB. zulässigen Nachweisungen für die Übergänge gehört, so wird dadurch aber die Anwendung des § 40 Abs. 2 GBO. nicht ausgeschlossen. Denn der durch Erbgang bewirkte Übergang der Hypothek gehört nicht zu den Übergangsfällen, die § 1155 regelt. § 1155 betrifft nur solche Übertragungen von Briefhypotheken, bei welchen letztere als einzelnes Vermögensstück, also im Wege der Singularnachfolge übertragen werden.[1]) Bei einem Erbfall aber geht das Vermögen des Erblassers als ganzes auf den Erben über. Der Erbe repräsentiert den Erblasser, setzt seine Persönlichkeit fort; er tritt innerhalb der Reihe der Übertragungen nur an die Stelle des Erblassers und überträgt die Hypothek nur auf Grund des Rechtes seines Erblassers weiter. Nicht aber ist der Übergang der Hypothek auf den Erben als eine besondere Übertragung, als ein neues Glied der Kette zu erachten.[2])

Der im Wege der Universalsukzession erfolgte Übergang der Hypothek ist also in § 1155 BGB. gar nicht

---

[1]) vgl. Neumann Anm. IIIc zu § 1155 Bd. 1 S. 789 Anm. 2a zu § 412 Bd. 1 S. 318; Schönfeld bei Seuffert Bd. 70 S. 335; Güthe Bd. 1 S. 782.

[2]) vgl. Wolff im Recht 1903 S. 8; Kober Anm. VIb zu § 1155 Bd. 3 S. 693; Oberneck Bd. 1 S. 187 und DNotVZ. 1903 S. 159; Schönfeld S. 536.

gemeint. Dies ergibt sich weiter auch gerade daraus, daß nach § 1155, die Anerkenntniserklärung des bisherigen Gläubigers betr., die kraft Gesetzes erfolgte Übertragung der Forderung als Nachweis zugelassen ist. Im Falle des durch Erbgang erfolgten gesetzlichen Überganges ist eine derartige Erklärung des bisherigen Gläubigers aber unmöglich.[1])

Demnach können auch die strengen Vorschriften des § 1155 betreffs der Nachweisungen nicht für den Nachweis der Erbfolge in Betracht kommen. Die Erbfolge, der Eintritt des Erben an die Stelle des Erblassers, muß mit den auch sonst nach den Vorschriften der Grundbuchordnung zulässigen Mitteln nachgewiesen werden. Hierzu ist der Erbschein als eine öffentliche Urkunde geeignet (§ 29 Satz 2 GBO.).

Die Anwendung des § 40 Abs. 2 wird also nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Briefhypothek auf einen der Gläubiger durch Erbgang gelangt ist.[2]) Auch die Motive zu § 1114 des 1. Entw. (Bd. 3 S. 752) heben hervor, daß bei einem gesetzlichen Übergange es nur darauf ankomme, die diesen gesetzlichen Übergang beweisenden Urkunden in zusammenhängender Reihenfolge

---

[1]) vgl. Fuchs Bd. 2 S. 438.

[2]) vgl. Turnau-Förster Anm. 4 zu § 1155 Bd. 1 S. 893, Anm. 5 zu § 41 Bd. 2 S. 325; Wolff im Recht 1903 S. 7ff.; Kober Bd. 3 S. 693; Oberneck Bd. 1 S. 187; DNotVZ. Bd. 3 S. 156ff.; Fuchs Bd. 1 S. 494, Bd. 2 S. 438; Schönfeld bei Seuffert Bd. 70 S. 535.

auf den eingetragenen Gläubiger zurückzuführen. Wenn die 2. Kommission dann das öffentlich beglaubigte Anerkentnis der kraft Gesetzes erfolgten Übertragung der Forderung als ausreichendes Bindeglied den Abtretungserklärungen und gerichtlichen Überweisungsbeschlüssen gleichstellte, so ergibt sich daraus nicht, daß sie von der Auffassung der Motive abweichen und etwa jeden anderen Rechtsübergang, also auch den durch Erbgang bewirkten, ausschalten wollte.[1])

§ 9.

Die Gesamtheit der Miterben steht also an der Stelle des noch eingetragenen Berechtigten. Es liegt danach bei der Zuteilung der Briefhypothek auf einen der Miterben nur eine „Übertragung" im Sinne des § 1155 vor, nämlich nur die seitens der Miterben auf den jetzigen Inhaber. Dieser Umstand steht aber der Anwendung des § 40 Abs. 2 nicht entgegen. Nach dem Wortlaut des § 1155 BGB. wird für den Nachweis des Gläubigerrechts zwar eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende „Reihe" der bezeichneten Urkunden verlangt. Unter einer „Reihe" wären also mindestens zwei Abtretungserklärungen bezw. Überweisungsbeschlüsse oder Anerkenntnisse zu verstehen. Danach könnte § 40 Abs. 2 GBO. auf denjenigen Gläubiger

---

[1]) vgl. Oberneck Bd. 1 S. 187; DNotVZ. 1903 S. 159; Fuchs Bd. 2 S. 438; Wolff a. a. O.

keine Anwendung finden, dem die Hypothek unmittelbar von dem eingetragenen Gläubiger oder — nach dem Vorhergesagten — wie hier von dessen Erben übertragen worden ist. Wenn dagegen dieser erste Zessionar die ihm übertragene Hypothek weiter abtreten würde, so lägen dann zwei Abtretungen vor und der zweite Zessionar könnte sich sogleich selbst als Gläubiger eintragen lassen. Würde aber sein Zedent, der erste Zessionar, diese Eintragung beantragen, so müßte er sich erst selbst als Gläubiger eintragen lassen. Dies kann kaum der Wille des Gesetzgebers sein.

Der Fall, in welchem der Zessionar die Briefhypothek unmittelbar von dem eingetragenen Gläubiger erwirbt, ist berechtigterweise in § 1155 BGB. nicht enthalten. § 1155 dehnt die Anwendung der §§ 891—899 BGB., nach welchen zugunsten des Erwerbers und Schuldners der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, auf denjenigen aus, der die Briefhypothek außerhalb des Grundbuchs durch mehrere Abtretungen erwirbt. Wenn der Erwerber die Briefhypothek unmittelbar von dem eingetragenen Gläubiger übertragen erhält, so finden für ihn die Vorschriften der §§ 891—899 BGB. auch ohne § 1155 Anwendung.[1])

Daher bemerken auch die Motive zu § 1114 des 1. Entw. z. BGB. (Bd. 3 S. 752):

---

[1]) vgl. Fuchs Bd. 1 S. 494 und Bd. 2 S. 439 oben; Güthe Bd. 1 S. 777.

„Verhältnismäßig einfach liegt der Fall, wenn der Inhaber unmittelbar von dem eingetragenen Gläubiger sein Recht ableitet. In diesem Falle genügt die Vorlegung des Hypothekenbriefes und der auf den Inhaber desselben lautenden Abtretungserklärung des bisherigen Gläubigers."

Wenn dies auch nur für das materielle Recht in Betracht kommt, so folgt daraus aber, daß der Gesetzgeber den Fall, in welchem der Inhaber die Hypothek unmittelbar von dem eingetragenen Gläubiger erworben hat, von der Wohltat des § 40 Abs. 2 GBO. nicht ausgeschaltet hat. Man wird daher annehmen dürfen, daß auch bereits der Zessionar des eingetragenen Gläubigers von seiner Eintragung befreit ist, und daß der weitere Erwerber unmittelbar in das Grundbuch eingetragen werden kann.[1]

Auch das Kammergericht hält die Bestimmung des § 40 Abs. 2 GBO. bei nur erst einer einzigen Übertragung für anwendbar.[2]

Danach unterbricht die Erbfolge den Zusammenhang der Abtretungen in § 1155 BGB. nicht. Es steht also

---

[1] Ebenso Güthe Bd. 1 S. 777; Fuchs Bd. 1 S. 497 und bes. Bd. 2 S. 439 oben; Oberneck Bd. 1 S. 788; Böhm S. 224.

[2] So Beschluß v. 21. 1. 1901, Jahrb. Bd. 21 S. A 285 = Rechtspr. Bd. 2 S. 275; Beschluß v. 16. 6. 1902, Jahrb. Bd. 25 S. A 159 = Rechtspr. Bd. 5 S. 389 = RJA. Bd. 3 S. 146; Beschluß v. März 1903, Rechtspr. Bd. 10 S. 96.

auch bereits der einzelne Miterbe als Zessionar der Gesamtheit der Erben des eingetragenen Gläubigers, da er sich auch im Besitze des Hypothekenbriefes befindet, nach § 40 Abs. 2 GBO. einem eingetragenen Gläubiger gleich.[1])

§ 10.

Zu dem gleichen Ergebnis wie hier kommen auch Schweitzer, Brachvogel und Predari,[2]) allerdings mit anderer Begründung: sie erblicken auch in dem durch Erbgang bewirkten Erwerb der Hypothek eine Übertragung im Sinne des § 1155 BGB. Nach ihrer Meinung ist aber dadurch, daß schon die bloße Anerkenntniserklärung als ausreichender Beweis für den gesetzlichen Übergang zugelassen worden ist, ein anderer Beweis für den Übergang, insbesondere durch formgerechte Urkunden, nicht ausgeschlossen worden. Sie halten daher auch den durch Erbschein erbrachten Nachweis schon aus § 1155 BGB. für zulässig.

Dagegen erachtet das Kammergericht den Zusammenhang der Übertragungen durch das Dazwischentreten der Erben für unterbrochen. Es verlangt eine ununterbrochene Reihe der drei Arten von Urkunden aus § 1155 BGB., ohne einen sonstigen Legitimationsnachweis zuzulassen.[3])

---

[1]) Ebenso außer den bereits genannten Schriftstellern noch Koellner 2. Jahrg. S. 55.

[2]) a. a. O., s. S. 20 der Arbeit.

[3]) Beschluß v. 1. 10. 1900, Jahrb. Bd. 20 S. A 300 = RJA. Bd. 1

Die hier vertretene Ansicht entspricht, wie auch Planck (a. a. O.) anerkennt, durchaus dem Verkehrsbedürfnis. Es wäre überflüssig und würde dem Erben nur unnötige Kosten verursachen, wenn er als Gläubiger eingetragen werden müßte, um sodann sofort die Übertragung des Rechtes an einen andern eintragen oder das Recht gar löschen zu lassen. Das Grundbuch soll auch dem wahren Rechtszustande entsprechen. Wenn aber der Zessionar der Erben die Hypothek etwa gemäß § 1154 BGB. weiter abgetreten hat, so ist er nicht mehr Gläubiger der Hypothek. Mit der Eintragung des Zedenten als Gläubigers würde also etwas Unrichtiges Aufnahme im Grundbuch finden.[1])

Man denke schließlich auch an den Fall, daß der vom Kammergericht für eintragungspflichtig angesehene Zedent verstorben ist, nachdem er die Hypothek bereits abgetreten hatte. Alsdann könnte nach der Praxis des Kammergerichts die Eintragung des letzten Zessionars nicht erfolgen, weil die auf den eingetragenen Gläubiger

---

S. 173; Beschluß v. 15. 4. 1901, Rechtspr. Bd. 3 S. 308; Beschluß v. 16. 6. 1902, Jahrb. Bd. 25 S. A 159 ff. = Rechtspr. Bd. 5 S. 389 = RJA. Bd. 3 S. 146; Beschluß v. 3. 11. 1902, Jahrb. Bd. 25 S. A 303 = Rechtspr. Bd. 6 S. 327; Beschluß v. 23. 3. 1903, Jahrb. Bd. 26 S. A 151 = Rechtspr. Bd. 8 S. 223; Beschluß v. 28. 9. 1903, Jahrb Bd. 27 S. A 125 = Rechtspr. Bd. 7 S. 371 = RJA. Bd. 4 S. 56. — Ebenso Planck Anm. 2b zu § 1155 III S. 618; Achilles-Strecker Anm. 5b zu § 41 S. 271; Kretzschmar Anm. IIc zu § 1155 S. 524; Meyer bei Seuffert Bd. 70 S. 163 ff.

[1]) vgl. Fuchs Bd. 2 S. 437; Brachvogel a. a. O. S. 313.

zurückführende Reihe von Zessionaren durch den Erben unterbrochen worden wäre. Die Eintragung des Erben ist aber nicht mehr möglich, da er verstorben ist und einem Verstorbenen Rechte nicht zustehen.[1]) Seine Erben sind aber niemals Hypothekengläubiger gewesen, da sich zur Zeit des Erbfalls die Hypothek nicht mehr im Vermögen des Erblassers befunden hat.[2])

Danach kann also eine Verfügung des einzelnen Miterben über die ihm zugeteilte Hypothek sogleich in das Grundbuch eingetragen werden, ohne daß es noch seiner vorherigen Eintragung bedarf.

IV. Der Berechtigte ist Erbe des nicht eingetragenen Hypothekengläubigers.

§ 11.

Die Möglichkeit, daß der Erblasser selbst noch gar nicht in dem Grundbuch als Berechtigter eingetragen gewesen ist, liegt dann vor, wenn der noch jetzt als Hypothekengläubiger eingetragene damalige Berechtigte die Hypothek seinerzeit gemäß § 1154 BGB. mittels Übergabe des Hypothekenbriefes und notarieller Abtretungserklärung übertragen hat. Dann ist also der Erblasser wahrer Hypothekengläubiger, ohne im Grundbuche als solcher eingetragen zu sein. Sein Erbe ist demnach nicht

---

[1]) vgl. Beschl. d. KG. v. 23. 3. 1903, Jahrb. S. A 155.

[2]) vgl. Brachvogel S. 313.

„Erbe des eingetragenen Berechtigten", wie § 41 Abs. 1 eigentlich vorschreibt. Es fragt sich, ob § 40 Abs. 1 auf den Erben des nicht eingetragenen Hypothekengläubigers Anwendung finden muß, oder ob auch ein solcher Erbe bei einer weiteren Verfügung von seiner vorherigen Eintragung befreit ist.

Auch hier wird man von der Anwendung der Vorschrift des § 40 Abs. 1 absehen können. Nach § 40 Abs. 2 GBO. steht es der Eintragung gleich, wenn der im Besitz des Hypothekenbriefes befindliche Gläubiger sein Gläubigerrecht durch eine zusammenhängende, auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe der in § 1155 BGB. bezeichneten Urkunden nachweisen kann. Nach den Ausführungen zu III unterbricht der Erbfall den Zusammenhang der Gläubigerreihe nicht, da der durch den Erbschein legitimierte Erbe das Recht nur an der Stelle seines Erblassers weiter überträgt. Die Anwendung des § 40 Abs. 2 wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß hier nur e i n e Abtretung im Sinne des § 1155, nämlich die auf den Erblasser vorliegt. Der Erbe steht daher einem eingetragenen Gläubiger gleich. Eine Verfügung seinerseits kann sofort eingetragen werden.

§ 12.

Die vorherige Eintragung des Erben erübrigt sich aber auch auf Grund der Vorschrift des § 41 Abs. 1 GBO. Nach § 41 Abs. 1 findet die Vorschrift des § 40 Abs. 1

dann keine Anwendung, wenn derjenige, dessen Recht durch die Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist, und wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechtes eingetragen werden soll. Der Erbe, dessen Recht durch die Eintragung seiner Verfügung betroffen wird, ist nun hier zwar nicht Erbe des eingetragenen Berechtigten, wie § 41 Abs. 1 es seinem Wortlaute nach verlangt, er ist vielmehr Erbe desjenigen, der nach § 40 Abs. 2 dem eingetragenen Gläubiger gleichsteht. Wenn aber der nach § 1155 BGB. legitimierte Gläubiger gemäß § 40 Abs. 2 GBO. einem eingetragenen Gläubiger gleichgestellt wird, so ist dadurch dessen Erbe als Erbe eines eingetragenen Gläubigers im Sinne des § 41 Abs. 1 abzusehen. Daß in einem solchen Falle bis zum Erben nur eine Abtretung des § 1155 BGB. vorliegt, ist nach dem bereits Ausgeführten unerheblich: § 40 Abs. 2 GBO. findet Anwendung, wenn auch nur eine einzige und nicht erst eine Reihe von Abtretungen vorgenommen ist. Es fragt sich danach, ob die Vorschrift des § 40 Abs. 2 mit der Bestimmung des § 41 Abs. 1 derart verbunden werden kann, daß auch der Erbe desjenigen Berechtigten, der zwar nicht eingetragen ist, aber nach § 40 Abs. 2 als eingetragen gilt, von seiner Eintragung befreit ist. Dies wird zu bejahen sein.

Das Kammergericht hat zwar in ständiger Rechtsprechung [1]) daran festgehalten, daß eine Gleichstellung

---

[1]) Beschl. v. 1. 10. 1900, Jahrb. Bd. 20 S. A 300 = RJA. Bd. 1 S. 173; Beschl. v. 15. 4. 1901, Rechtspr. Bd. 3 S. 307; Beschl. v. 16. 6.

des Erben des eingetragenen Gläubigers mit dem Erben des nach § 1155 BGB. legitimierten Gläubigers durch eine Kombination des § 41 Abs. 1 mit dem § 40 Abs. 2 nicht zulässig sei, da es sich um bestimmt formulierte Ausnahmen von der Regelvorschrift des § 40 Abs. 1 handle, die einer strengen Auslegung unterlägen. Das Kammergericht hat daher stets die vorherige Eintragung des Erben des Zessionars vor Eintragung der weiteren Abtretung verlangt.[1])

Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden; vielmehr lassen sowohl der Wortlaut als auch Stellung und Zweck der Bestimmungen der §§ 40 Abs. 2 u. 41 Abs. 1 GBO. ihre Verbindung als zulässig erscheinen.

Bei den Vorschriften des § 40 Abs. 2 und § 41 Abs. 1 handelt es sich zwar um Ausnahmen von der Regel des § 40 Abs. 1, nicht aber um gleichartige Ausnahmevorschriften. Man wird vielmehr annehmen müssen, daß die Vorschrift des § 41 Abs. 1 allein eine Ausnahmebestimmung im strengsten Sinne des Wortes ist: bei dem Erben soll unter gewissen Voraussetzungen die Vorschrift des § 40 Abs. 1 „keine Anwendung finden". Im Falle des § 40 Abs. 2 aber — bei dem sich nach § 1155 BGB. ausweisenden Briefbesitzer — wird von der nach

1907, Jahrb. Bd. 25 S. A 159 ff. = Rechtspr. Bd. 5 S. 389 = RJA. Bd. 3 S. 146; Beschl. v. März 1903, Rechtspr. Bd. 10 S. 94; Beschl. v. 23. 3. 1903, Jahrb. Bd. 26 S. A 151 = Rechtspr. Bd. 8 S. 223.

[1]) Ebenso Turnau-Förster Anm. 15 zu § 41 Bd. 11 S. 325.

§ 40 Abs. 1 erforderlichen Eintragung nicht abgesehen, sondern es wird gesagt, daß es „der Eintragung des Gläubigers gleichsteht", wenn der Briefbesitzer sein Gläubigerrecht ordnungsmäßig nachweist. Der Briefhypothekengläubiger wird also dem eingetragenen Gläubiger gleichgestellt. Es liegt kein Grund vor, warum nicht auch dessen Erbe als Erbe des eingetragenen Gläubigers angesehen werden sollte. Der Wortlaut der beiden Bestimmungen spricht für die Zulässigkeit der Kombination.[1])

Die Annahme, daß die Vorschrift des § 40 Abs. 2 der Ausnahme des § 41 Abs. 1 nicht als gleichartig an die Seite gestellt werden soll, wird dadurch bestätigt, daß die Vorschrift des § 40 Abs. 2 nicht als ein besonderer Paragraph gefaßt, sondern auch in § 40 aufgenommen ist. Um zwei gleichartige Ausnahmebestimmungen würde es sich handeln, wenn § 40 Abs. 1, die Regel, einen besonderen Paragraphen bilden würde, dessen Ausnahmen gleichfalls in zwei besonderen Bestimmungen gegeben wären. Zudem müßte der nach § 1155 legitimierte Briefhypothekengläubiger nicht dem eingetragenen Gläubiger gleichgestellt sein, sondern es müßte — wie in § 41 — heißen, daß seine Eintragung entgegen der Vorschrift des § 40 Abs. 1 nicht erforderlich sei.[2])

---

[1]) Ebenso Güthe Bd. 1 S. 778; Achilles-Strecker Anm. 5b zu § 41 S. 271; Schönfeld S. 335 oben.

[2]) vgl. Brachvogel bei Gruchot Bd. 49 S. 316; Conrades im Recht 1903 S. 100.

Vgl. Predari Anm. 7 zu § 40 S. 577:

„§ 40 Abs. 2 ist nicht, wie gemeinhin gelehrt wird, eine Ausnahme von dem Grundsatz des Abs. 1, sondern eine Anwendung dieses Grundsatzes auf den besonderen Fall der Briefhypothek“.

Auch der Zweck der Bestimmung des § 40 Abs. 1 spricht nicht, wie das Kammergericht meint, gegen die Verbindung des § 40 Abs. 2 mit § 41 Abs. 1. Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 soll dem Grundbuchrichter die Legitimationsprüfung erleichtern und Verfügungen eines Nichtberechtigten verhindern. Bei dem Erben des Zessionars einer Briefhypothek muß der Grundbuchrichter aber die Legitimation dieses Erben prüfen, gleichviel ob er ihn einträgt oder sofort die Eintragung seiner weiteren Verfügung vornimmt. Die Erwägungen, die zur Vorschrift des § 40 Abs. 1 führten, versagen hier also.[1])

Gegen die Auffassung des Kammergerichts spricht aber weiter noch, daß sie, wie Fuchs (Bd. 11 S. 437) hervorhebt, ohne Notwendigkeit eine erhebliche Erschwerung des Grundbuchverkehrs zur Folge hat und zur Eintragung von Nichtberechtigten führt. Es würde auch in dem hier erörterten Falle der Erbe eingetragen werden, um sofort wieder gelöscht zu werden. Hat er die Briefhypothek aber bereits abgetreten, so ist er auch nicht mehr Berechtigter: Seine Eintragung würde das Grundbuch daher unrichtig machen. Ist der Erbe aber nach seiner Verfügung ver-

---

[1]) vgl. Güthe Bd. 1 S. 778; Brachvogel a. a. O. S. 314.

storben, so ist seine Eintragung nicht mehr möglich. Es würde dann also die Eintragung eines Zessionars des Erben überhaupt nicht erfolgen können.

Schließlich würde sich für die Buchhypothek und für die Briefhypothek ein unerklärlicher Widerspruch ergeben. Der Erbe einer Buchhypothek kann diese nach § 41 Abs. 1 GBO. ohne seine vorherige Eintragung abtreten oder löschen lassen, da er „Erbe des eingetragenen Berechtigten" ist. Dagegen müßte sich der Erbe einer Briefhypothek, obwohl sein Erblasser gemäß §§ 1154, 1153 BGB. Gläubiger ist und nach § 40 Abs. 2 GBO. als eingetragen gilt, zuvor in das Grundbuch eintragen lassen. Diese Erschwerung gerade für die Briefhypothek zu verlangen, die nach § 1116 BGB. als die Regel angesehen wird, liegt kein Grund vor.[1])

Danach fällt unter § 41 Abs. 1 GBO. also nicht bloß der Erbe des wirklich eingetragenen Gläubigers, sondern auch der Erbe desjenigen, der nach § 40 Abs. 2 als eingetragen gilt.[2]) Es ist also auch bei dem Erben des nicht eingetragenen Hypothekengläubigers von der Anwendung der Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO. abzusehen.

[1]) vgl. Predari S. 239 Anm. 19.

[2]) Ebenso außer Predari Güthe Bd. 1 S. 778; Fuchs Anm. 18 u. 23 zu § 40 Bd. 2 S. 437, 439; Brachvogel bei Gruchot Bd. 49 S. 316; Conrades im Recht 1903 S. 100; Oberneck, DNotV3. Bd. 3 S. 156 ff.; Achilles-Strecker Anm. 5b zu § 40 S. 271; Koellner 1. Jahrg. S. 67, 2. Jahrg. S. 55; Schönfeld bei Seuffert Bd. 70 S. 335.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.